TERÇA-FEIRA — 5 DE MAIO DE 1987 O ESTADO DE S. PAULO — 43

# Direitos Humanos do Nascituro

FÉLIX RUIZ ALONSO

O direito à vida do nascituro, desde o momento da sua concepção, é um direito humano fundamentalíssimo. Dito direito necessita de especial proteção.

Diz Justiniano: *infans conceptus pro iam nato habetur* — a criança uma vez concebida, considera-se já nascida. A partir desta afirmação —que equiparava o apenas concebido ao nascido —, o progenitor, na antiga Roma, podia testar em favor do nascituro; este seria livre ou escravo segundo o estado da mãe, quando o concebesse; etc. Reconheciam-se direitos ao feto.

Contrasta essa sensibilidade jurídica — embora primitiva — do Direito Romano, com o atual projeto de Constituição, em que não há nenhuma referência aos direitos dos nascituros, dos seres humanos apenas concebidos.

No titulo V do projeto da nova Constituição do Brasil, em que se trata da Ordem Social, figura um capítulo dedicado às Tutelas Especiais. Nele cuida-se da infância, da adolescência, dos deficientes, dos idosos, etc...

Nenhuma referência há, no entanto; ao nascituro (embrião, feto). A ausência impressiona por duas razões principais: em primeiro lugar porque hoje campeia não apenas o aborto, mas a manipulação dos embriões humanos (fecundação *in vitro*, estocagem de embriões, mães de aluguel etc.) e, em segundo lugar, porque a questão tem uma profunda dimensão jurídico-moral, de incontestáveis reflexos a nível humano e nacional.

Trata-se, portanto, não de uma lacuna constitucional — mas de uma omissão crassa. A ausência significa, na prática, deixar campo livre a todo tipo de experimentações e de arbitrariedades no trato dos embriões humanos.

A Constituição deve-se definir, de forma clara e Insofismável, a favor da vida. Não proteger os embriões humanos, respeitando o seu natural "habitat", no útero materno, deixando que a sua evolução siga o seu próprio ritmo significa — diga-se sem subterfúgios — optar pela morte.

No terceiro Congresso Mundial de Embriologia e Fecundação fn vltro, realizado em Helsinque, em 1984, os dados apresentados a respeito foram os seguintes: de 7.733 óvulos fecundados in vitro (quer dizer, em provetas, fora do organismo da mulher) e implantados, depois, em úteros de mulheres, apenas nasceram 590. O número, pois de embriões perdidos foi de 7.143. Quer dizer que, sem levar em consideração aquilo que aconteceu para conceber os 7.733 embriões, a percentagem de mortes foi de 92,67%.

O Direito tradicionalmente reconhece os direitos dos nascituros, na expectativa de nascer com vida. Neste sentido, o Código Civil diz que: "A Personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (art. 4º)

A visão do Código Civil é deveras sugestiva, pois, se só a pessoa isto é, o nascido com vida — é sujeito de direitos, porque a Lei ressalva os direitos do nascituro, que nem

nasceu, nem se sabe se nascerá com vida? O nascituro, ainda que no âmbito jurídico-positivo não se considere pessoa, é sujeito de direitos.

A rigor a personalidade humana não é apenas uma criação jurídico-positiva, senão que antes é uma realidade jurídico-natural (Limonge França, Rubens "Manual de Direito Civil", Vol. I, 3ª ed., São Paulo 1975, pág. 406).

Na esteira daquele dispositivo do Código Civil, a jurisprudência reconhece os direitos dos que nascerão com vida, desde o aumento da sua concepção. Assim, são correntes as decisões do seguinte ou parecido teor: "São devidos alimentos à filha, mencionada como nascitura no momento da propositura de ação (de alimentos), a teor do art. 4º do C.C. e registrada, posteriormente, pelo próprio pai". (RT 560/220).

Hoje, porém, as questões que se suscitam não são mais aquelas tradicionais. Não se trata: .de investigar a paternidade, de questões hereditárias, de pensões ou de indenizações, remontando-se à época da concepção dos nati-vivos. Hoje, a questão em foco é o direito a vida dos nascituros. Trata-se de algo muito mais profundo e fundamental.

Obviamente, não tem sentido algum que o Direito zele pelo direito do nascituro, numa expectativa de vida, se ele não tiver direito à vida. Precisamente porque tem direito à vida, o Direito zelou, desde antigamente pelos direitos do nascituro. Sem o direito de viver nenhum outro direito pode subsistir.

A nova problemática acerca dessa questão fundamental, como é a vida humana, reclama que o direito à vida dos nascituros seja tratado pela Constituinte.

Não basta, em nossos dias, a referência da Lei Civil, nem o aborto tipificado como delito na lei penal nem sequer o trato magistral que a jurisprudência dispensa ao nascituro, para salvaguardar os seus direitos à vida. Uma menção expressa do direito ã vida dos nascituros, entre os direitos especiais a serem tutelados pela Constituição, se faz indispensável.

Neste sentido, convém recordar o que diz a respeito a "Declaração dos Direitos da Criança": "A criança (...) terá direito a crescer e a criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como ã mãe serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais" (Principio V da Declaração aprovada na ONU, em 1959 subscrita pelo Brasil).

Desse direito da criança salientam dois aspectos: os cuidados pré-natais — vale dizer, devidos aos nascituros, aos concebidos — e a sua finalidade. Quer dizer: se não se cuidar do feto é inútil falar em direito a crescer e criar-se com saúde, uma vez que o feto desprotegido poderá morrer antes de nascer através de qualquer manobra ou atentado, pela sua indefensão.

Aliás, todos os direitos humanos perdem qualquer sentido se faltar a proteção inicial do ser humano, desde a sua concepção. Para que serve declarar que "todo Indivíduo tem direito a vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa" (art. 3° da Declaração Universal dos Direitos Humanos), se antes de nascer pode ser exterminado? Ou para que serve proclamar que: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a Inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança" (art. 153 da Constituição do Brasil), se se puder atentar impunemente contra o embrião humano?

O Direito — em nossos dias — não pode mais aguardar passivamente que o feto nasça com vida para declará-lo pessoa. Urge retrotrair o inicio da personalidade, como sujeito pelo menos do direito à vida, ao momento da fecundação. Isto, aliás, já fora previsto, de alguma maneira, por Clóvis Beviláqua, no seu projeto de Código Civil, em que a personalidade se iniciava a partir da concepção sob a condição de nascer com vida.

Assim, ainda que não se inove quanto à conceituação legal da pessoa física, faz-se mister reconhecer o direito à vida do embrião humano: preciso é ir mais fundo em matéria de direitos dos nascituros.

A questão certamente envolve questões difíceis de antropologia — o que é o homem? quando se inicia? —, mas entre outras coisas certo é que toda e qualquer pessoa humana não sofre solução de continuidade desde a fase embrionária até a morte. A pessoa é a mesma. Ela apenas percorre fases — embrião, feto, Infância, pré-puberdade, puberdade, maturidade, velhice — que se sucedem. Os novos conhecimentos da biologia deram- nos a conhecer, agora de maneira definitiva, a Identidade individual que permanece a mesma ao longo de toda a vida: desde a concepção até a morte.

Vale a pena, por oportuno, reproduzir as palavras que o Professor Lejeune, autoridade mundial em biologia genética, dirigiu à comissão especial do Parlamento dos EUA aos 23/04/81:

“A vida poderá ter uma história muito longa, entretanto cada indivíduo tem um início bem determinado: o momento da concepção”. Quando se fundem as células germinativas (óvulo e espermatozóide) “dlspõe-se já de toda a informação genética necessária e suficiente para exprimir todas as qualidades inatas do indivíduo (...). Todos os dados que são necessários para a expedição de seu documento de identidade estão já dispostos (...). Aceitar que depois da fecundação começou a existir um novo ser humano, hoje, não é uma questão de gosto ou de opinião (...), não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental”.

Sirvam estas linhas para alertar os constituintes acerca desta questão — o direito à vida dos nacituros :— que é não só fundamental, mas transcendental. Silenciá-la não é resolvê-la — ao contrário: equivaleria a um pacto tanatológico.

---

O autor é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo